

La tecnología – posibles medios de vulneración de derechos fundamentales

MARÍA IGNACIA ESPINA L.

Profesora ayudante Derecho del Trabajo

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Profesoras Patrocinantes: Cecily Halpern - Rosa María Mengod

RESUMEN: En este trabajo se pretende dar a conocer cómo ciertos medios tecnológicos podrían afectar o vulnerar derechos fundamentales de los trabajadores en caso de tener una aplicación abusiva o desproporcionada por parte del empleador. Se mostrará, además, cómo los nuevos aparatos tecnológicos irrumpen en el área laboral, creando nuevas y poderosas herramientas para poder así controlar de forma más intensa y permanente el quehacer del trabajador. El GPS y GMS serán uno de los ejemplos más claros de cómo los avances tecnológicos al estar al alcance del empleador pueden vulnerar los derechos de los trabajadores al interior de la empresa.

En la actualidad encontramos un sinnúmero de avances tecnológicos que irrumpen en todas las áreas del quehacer humano, y quizás de una forma más avasalladora en el mundo laboral, pues es ahí donde el empleador en virtud de su condición de titular del derecho de propiedad y de la libertad empresarial, hace uso de estos distintos medios para poder controlar y dirigir el quehacer de sus trabajadores, y de consiguiente una mala utilización de los mismos o, más aún, un uso abusivo de ellos puede traer consigo vulneración a los derechos fundamentales de los trabajadores.

Mucho se ha hablado de los derechos fundamentales, pero aun así no podemos encontrar una definición asumida por el ordenamiento jurídico, el que solo se preocupa de su “reconocimiento” y “desarrollo”. Es por ello que para poder dar un concepto de qué se entiende por derechos fundamentales, acudimos a la doctrina, que en palabras del profesor italiano Luigi Ferrajoli, los define como

“todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto

por una norma jurídica y por estatus la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”¹

Ahora, para poder tener quizás una visión más cercana de qué se entiende por derechos fundamentales en nuestra legislación, la Dirección del Trabajo ha adoptado un concepto de los mismos diciendo que

“son aquellos derechos inherentes a la persona, reconocidos legalmente y protegidos procesalmente, es decir, son los derechos humanos positivizados. También pueden conceptualizarse –los derechos fundamentales– como aquellos derechos subjetivos que corresponden a todos los seres humanos dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”².

A partir de dicha definición, se ha establecido que el titular de dichos derechos, tiene la facultad de exigir su respeto y observancia –cuando éstos sean vulnerados dentro de la empresa– y a acudir al órgano administrativo competente, sin perjuicio de poder recurrir a los Tribunales de Justicia para que se restablezca el imperio del Derecho.

Con todo, debemos preguntarnos ¿cómo surgieron o se reconocieron dichos derechos fundamentales al interior de la empresa?

Para poder entender el fenómeno es necesario tener en cuenta que dicho proceso va de la mano necesariamente con la constitucionalización del derecho, en las primeras décadas del siglo XX. Se ha hablado mucho de este tema, pero aun así no hay término exacto. Tal vez la forma más sencilla de explicar el tema planteado sea entendiéndolo como un proceso que opera al interior de cada sistema jurídico.

Entre los rasgos más fundamentales del proceso de constitucionalización podemos encontrar el discurso de los derechos fundamentales, el cual se caracteriza, según Alexy, “por cuatro extremos: primero, los derechos fundamentales regulan con rango máximo y, segundo, con máxima fuerza jurídica, objeto, tercero, de la máxima importancia, en cuarto lugar, máxima indeterminación”³

Los derechos fundamentales eran considerados en la época europea continental del siglo XIX como principios (no reglas), y que por lo mismo solo se encontraban contenidos en meras “declaraciones”, siendo su consecuencia el

¹ FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Quinta Edición, 2006, Madrid, España, pág. 37.

² DIRECCIÓN DEL TRABAJO: Concepto Derechos Fundamentales. Disponible en <http://www.dt.gob.cl/1601/w3-article-65192.html>

³ ALEXY, (2007) pág. 32.

que no tenían fuerza normativa directa para ser litigados en sede judicial. Es decir, estos no se encontraban definidos ni directa ni concretamente, por lo que no se podía definir ni menos establecer en qué ocasiones eran violados, cuándo y cómo se protegerían, etc. Luego en la época de la posguerra, todo esto cambió y se consideró

“que las normas constitucionales tienen todas –sin distinción– plena eficacia vinculante, incluidas las que estipulan los derechos fundamentales de las personas y que, por tanto, son susceptibles de producir efectos jurídicos vinculantes sin necesidad de desarrollo infraconstitucional y, especialmente, sin necesidad de desarrollo legal”⁴.

Es por lo anteriormente mencionado que se sostendrá por la doctrina legal desde los inicios de la décadas de los ochenta, que las disposiciones constitucionales tienen un efecto normativo, y por lo mismo, dejan de ser consideradas como un conjunto de recomendaciones u orientaciones dirigidas al legislador para poder asentar su valor normativo y operar como una norma jurídica con eficacia directa e inmediata.

En Chile, podemos ver plasmada esta situación en nuestra propia Constitución Política, en los artículos 6° y 7°, los cuales establecen o consagran la idea de la vinculación directa de los órganos y los particulares a las normas de la Constitución. Ocurre lo mismo en el derecho comparado, como es el caso de España, por ejemplo (artículos 9.1, 53.1 CE etc.).

Ahora bien, como se mencionó con anterioridad, era necesario abarcar someramente el tema de la constitucionalización del derecho, para poder entender cómo se produjo la constitucionalización del Derecho del Trabajo, la cual no se dio de forma inmediata, sino que fue necesario que las diversas Constituciones se dieran cuenta de lo trascendente que era el fenómeno laboral.

México fue el primer país que agregó a su Constitución (1907), en el artículo 123, el denominado constitucionalismo social, el cual alude a “la incorporación progresiva de derechos laborales en las normas superiores del sistema legal”⁵.

Es así como la constitucionalización del derecho del trabajo corresponderá netamente a la aplicación de las normas constitucionales en la regulación de las relaciones laborales, especialmente referidas a aquellas que configuran derechos subjetivos fundamentales de que es titular el trabajador. El proceso de constitucionalización, por lo mismo, debe ir especialmente relacionado con la expansión de los derechos fundamentales incorporados al ordenamiento jurí-

⁴ UGARTE, JOSÉ LUIS (2011), pág. 6.

⁵ UGARTE, JOSÉ LUIS (2011), pág. 27.

dico, pues son éstos “los componentes estructurales básicos que por decisión del contribuyente han de informar el conjunto de la organización jurídica y política” (Tribunal Constitucional español 53/1985).

Se ha establecido con respecto al tema de la constitucionalización del derecho del trabajo, que se puede abordar de dos sentidos distintos, y que por lo mismo es muy importante su identificación y distinción, ya que, aun cuando en principio pareciera que se trata de un mismo y solo proceso, no es así. Por un lado encontramos la constitucionalización del derecho del trabajo para aquellos casos en que derechos de carácter laboral son reconocidos por las normas constitucionales de un determinado ordenamiento jurídico, lo que se conoce o denomina como “constitucionalismo social”, y por el otro, para aquellos casos en que las normas constitucionales que estipulan derechos fundamentales no laborales son recepcionadas por la regulación laboral de un ordenamiento jurídico, lo cual se conoce con el nombre de “ciudadanía en la empresa”.

Respecto al constitucionalismo social, o derechos fundamentales específicos (como primera forma o proceso de constitucionalización), podemos decir que surgió con la crisis social de los años 30, “como respuesta político-jurídica frente a un nuevo pico de radicalización social”. Luego, se plasmaron en diversos textos los derechos de los trabajadores y las condiciones que éstos debían tener, se tocó lo relacionado a materias de salud, educación, protecciones en materias de vivienda etc., además, esto no fue lo único, sino que además se abarcó el tema de los “compromisos igualitarios”, que buscaban enormemente que todos fueran tratados por iguales en la ley. Esto fue uno de los cambios más significativos, y que generó el cambio o transición de un Estado de derecho al estado Social de Derecho. En éste último “se busca que la igualdad no quede radicada exclusivamente a las fuerzas del mercado, sino que fuera dependiente de las autoridades públicas para promover personas, grupos y sectores desfavorecidos”.⁶

Es por lo anterior que se ha establecido que para poder lograr esa “igualdad pretendida” es necesario abordar el tema del trabajo, puesto que si éste es el lugar central de integración social, las formas de redistribución de las riquezas deben ir vinculadas a la situación del trabajador asalariado. Es por lo mismo que se ha tomado como pieza fundamental para la consecución de los fines buscados el reconocimiento del derecho a la libertad sindical y los derechos vinculados al conflicto colectivo –negociación colectiva y huelga–. Como vemos, el centro del constitucionalismo social lo encontramos en la libertad sindical y la negociación colectiva.

⁶ ARANGO (2005), pág. 68.

Encontramos como segunda forma o proceso de constitucionalización la ciudadanía en la empresa o también conocido como “derechos fundamentales inespecíficos”. Estos consagran por una parte “los derechos específicamente laborales de que son titulares los trabajadores asalariados o empleadores en tanto son sujetos que forman parte de la relación laboral”, como son el derecho a huelga y negociación colectiva; con los “derechos constitucionales laborales que pueden ser ejercidos por sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores en particular).

La ciudadanía en la empresa se da en la segunda mitad del siglo XX, de forma progresiva y bajo “la teoría de la Drittwirkung”. A diferencia de los derechos fundamentales específicos, éstos “tienen una naturaleza preponderantemente de derechos de titularidad individual, cuyo contenido es la protección de un espacio de autonomía frente a terceros y en ese sentido corresponden, técnicamente, a los denominamos clásicos derechos de defensa”⁷. Por ello, (pese a su tardía recepción en el derecho laboral) se trata de derechos que pertenecen a la primera generación de derechos fundamentales y que se caracterizan “por reunir un doble requisito de ser derechos de la persona o personalidad, por cuanto pertenecen al trabajador en su condición de tal, aun cuando se ejerzan en el marco del contrato de trabajo, y de ser derechos de libertad, ya que su objeto consiste en la ausencia de intromisiones o interferencias”⁸.

De consiguiente, podemos concluir que los derechos fundamentales inespecíficos (no laborales) buscan limitar, en razón de la libertad y la autonomía personal, el poder empresarial, mientras que los derechos fundamentales específicos (laborales) buscan, en razón de la igualdad, repartir ese mismo poder.

Desafíos de los conflictos de derechos entre trabajador-empleador

La constitucionalización del derecho del trabajo significó un fuerte impacto a los derechos y obligaciones recíprocas entre el empresario y el trabajador, lo que trajo consigo una “recomposición constitucional del contrato de trabajo”⁹. Esto podemos verlo expresado de manera evidente en la jurisprudencia comparada –española–:

“la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano y cuya protección queda garantizada frente a

⁷ UGARTE, JOSÉ LUIS (2011) pág. 50.

⁸ PALOMEQUE, (2004) pág. 138.

⁹ DEL REY, (1995) pág. 200

eventuales lesiones mediante la posibilidad de impulso de los oportunos medios de reparación, porque ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el Texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional” (SCT 88/1985, fundamento jurídico 2).

Dicho impacto es de tal envergadura que se ha llegado a establecer que el contrato de trabajado se verá condicionado “más que ningún otro contrato privado, por los derechos fundamentales”¹⁰. Es más, este impacto traerá consigo la difícil labor de discernir en qué medida los derechos constitucionales afectan la relación existente entre trabajador y empleador, y cómo la proyección de los mismos tendrá una capacidad conformadora sobre la relación contractual laboral.

Es en este enfoque, en que “la Constitución va a aparecer como marco delimitador, dentro del cual esos derechos y esos poderes pueden desenvolverse”¹¹. Es de ese modo que el trabajador y el empleador quedan ligados desde una doble perspectiva, por una parte la relación laboral que los liga y que genera derechos y obligaciones laborales entre ambos, por otro lado, la relación entre dos ciudadanos vinculados por el ejercicio simultáneo de derechos fundamentales entre ellos.

El proceso de “recomposición constitucional” del contrato de trabajo será el que hará referencia a cómo debe solucionarse el cruce entre ambas dimensiones de la relación entre trabajador y empleador. Esto deberá llevarse a cabo mediante el acomodo entre el ejercicio de los derechos fundamentales de que es titular el trabajador y el cumplimiento de deberes y obligaciones laborales provenientes de la ley y el contrato de trabajo entre las partes.

Con todo, el núcleo problemático entre los derechos del trabajador y el contrato de trabajo se encuentra delimitado en dos aspectos, por un lado se encuentran los límites que los derechos fundamentales oponen a los poderes empresariales –derivado de los derechos fundamentales del empleador– y los límites que esos derechos fundamentales deben soportar por ejercerse dentro del marco normativo del contrato de trabajo.

En la primera situación, los derechos fundamentales operan como límite a los poderes empresariales, concretamente al poder de dirección del empleador. Lo

¹⁰ ORTIZ (1998) pág. 48.

¹¹ PEDRAJAS (2000) pág. 52.

cual cae en medio de la problemática que la teoría constitucional ha rotulado como conflicto de derechos fundamentales y al modo más relevante para su solución, cual es la aplicación de la ponderación y la aplicación del principio de proporcionalidad. El segundo problema (los límites adicionales que a dichos derechos impone un contrato de trabajo) se sale de la órbita del conflicto entre derechos fundamentales a diferencia de la primera situación, y supondrá efectuar un esfuerzo añadido de argumentación jurídica para sostener si normas de naturaleza infraconstitucional pueden operar como límites a dichos derechos.

Es por eso que debemos necesariamente revisar el problema de colisión de derechos fundamentales entre las partes de la relación laboral, para poder tratar de solucionar los diversos desafíos y conflictos que entre ellos se susciten. Para esto, se deberá utilizar –como así lo ha establecido la doctrina tanto académica como judicial– “la técnica argumentativa de la ponderación y la utilización del principio de proporcionalidad”¹².

La irrupción de los derechos fundamentales inespecíficos en el marco de la relación laboral

Se ha establecido que la irrupción de los derechos fundamentales inespecíficos en el marco de la relación laboral ha gatillado evidentes situaciones problemáticas de adaptación de esos derechos. Se dice que esto ha ocurrido por cuanto éstos no se encuentran específicamente regulados en la ley, y por lo tanto generan conflictos en el ejercicio de los mismos, ya que los poderes empresariales adscritos a derechos fundamentales del empleador (libertad de empresa y/o propiedad) son incompatibles con espacios del trabajador adscritos a derechos fundamentales del mismo (intimidad o libertad de expresión).

Es por ello que dicho conflicto entre empleador/trabajador ha sido entendido, tanto por la jurisprudencia comparada como por la doctrina, como una colisión de derechos fundamentales, cuya solución debe dejarse entregada a la ponderación y al principio de proporcionalidad.

La irrupción de los derechos inespecíficos no se dio sino hasta mediados del siglo XX, pero se debe tener claro que no fue por razones jurídicas, sino que histórico-culturales. Al decir que son razones histórico-culturales, se quiere mostrar la visión que acerca de la empresa se tenía en ese momento en particular. La empresa era entendida como un espacio típicamente privado, de fuerte connotación patrimonial; la relación laboral, por su parte, se manifestaba como una relación entre particulares y, por lo tanto, sin espacio para los llamados “derechos inespecíficos”, y esto por la sola razón de que eran concebidos como técnicas de control propias de lo público.

¹² UGARTE, JOSÉ LUIS (2011) pág. 60.

Ahora bien, se ha establecido que lo que verdaderamente revolucionó el ingreso de dichos derechos a la empresa fueron razones políticas, y que lo que se buscaba era una “distribución del poder en la relación laboral”. Y fue en ese instante –en que el derecho le otorgó al trabajador un espacio de la realidad que queda bajo la cobertura de la intimidad– cuando el empleador quedó despojado de un trozo menos de poder dentro de la relación laboral sobre su trabajador (debemos recordar que antes de la irrupción de los derechos dentro de la empresa, el empleador tenía derecho absoluto sobre su propiedad, el cual lo manifestó por medio de facultades de dirección y mando).

Hoy en día, “cada centímetro que el derecho le otorga a la privacidad del trabajador se lo resta al espacio de la propiedad”.¹³ La alteración de la distribución del poder (razón política) es lo que manifiesta la verdadera subversión de los derechos fundamentales del trabajador en las relaciones laborales.

Por todo lo anterior, cabe preguntarnos: si la intimidad va a ingresar a la fábrica, ¿cuánta intimidad entra con el trabajador y cómo se arreglará el problema que ese ingreso provocará con la propiedad del empleador?

Para comenzar debemos tener presente que tanto el artículo 5° inciso 1° del Código del Trabajo, como el dictamen 2328/130, de 19.07.2002 de la Dirección del trabajo, establecen que

“los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras tienen el carácter de límites infranqueables respecto de las potestades del empleador, en particular en cuanto al derecho a la dignidad del trabajador o trabajadora, su honra, a su vida privada, a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y al derecho a no ser discriminado (a) arbitrariamente”.¹⁴

Con todo, los derechos fundamentales del trabajador habrán de reconocer como potencial limitación en su ejercicio las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador, las cuales reconocen como su fundamento último la libertad de empresa y el derecho de propiedad, que son garantías constitucionales que apuntan a dotar al empleador de poder de iniciativa económica y el ejercicio mismo de la actividad empresarial.

Como podemos ver, son derechos que por ambos lados se contraponen. Por una parte tenemos los derechos fundamentales del trabajador, y por otra parte los derechos del empleador en su condición de tal. Por lo que para poder conciliar dichos derechos es necesario cumplir con una serie de requisitos, los cuales van encaminados a aclarar si se puede imponer un límite o no a un derecho

¹³ UGARTE, JOSÉ LUIS (2011) pág. 72.

¹⁴ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Dictamen 2210/35.

fundamental. Nos estamos refiriendo aquí al “principio de proporcionalidad”, el cual además admite una división en subprincipios: principio de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en su sentido estricto.

La tecnología – Posibles medios de vulneración de derechos fundamentales

Como ya hemos dichos en numerosas ocasiones, los derechos de las partes de la relación laboral se encuentran en constante pugna. Por un lado el trabajador quiere y busca que su intimidad y privacidad sean respetadas por parte del empleador, y por otra, el empleador busca poder ejercer de la forma que mejor le parezca sus facultades de dirección y control.

Dichas facultades de que goza el empleador, a medida que pasan los años, van adquiriendo mayor importancia, pues la “tecnología” de antaño no tiene nada que ver con los medios que hoy en día se pueden encontrar en el mercado. El empleador ve reforzadas sus facultades, puesto que tiene diversos medios con que ejercerlas y así tener un control absoluto dentro de su empresa y por consiguiente sobre sus trabajadores.

Bien sabemos que los derechos fundamentales inespecíficos son diversos y con connotaciones o ámbitos de aplicación distintos, pero todos buscan lo mismo “proteger al trabajador de posibles abusos del empleador”.

Uno de los derechos más relevantes quizás puede ser el “derecho a la dignidad humana”, el cual se encuentra consagrado en el artículo 1° inciso 1° de la Constitución, el cual dispone “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, por lo que podemos ver que “el ser humano, independientemente de su edad, sexo o condición particular, es acreedor siempre de un trato de respeto”.¹⁵

Para no ir más lejos con la explicación de este derecho (pues bien sabemos es muy amplio), lo abordaremos desde el punto de vista de la tecnología como vulneración a la dignidad del trabajador.

Tal es el caso, y muy frecuente por lo demás, de instalación por parte del empleador de dispositivos de control audiovisual como una forma de control o vigilancia permanente y continuada sobre el trabajador.

Respecto a este punto, la Dirección del Trabajo, en su dictamen N° 2328/130 de 19.07.2002, estableció “que tener dispositivos de control audiovisual de

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 740-07-CDS, de 18 de abril de 2008.

forma permanente y continuada sobre el trabajador provoca en éste un estado de tensión o presión incompatible con la dignidad humana”.

Estableció además que,

*“su utilización únicamente como una forma de vigilancia y fiscalización de la actividad del trabajador no resulta lícita, toda vez que supone un control ilimitado, que no reconoce fronteras y que se ejerce sin solución de continuidad, lo que implica no sólo un control extremada e infinitamente más intenso que el ejercido directamente por la persona del empleador o su representante, sino que en buenas cuentas significa el poder total y completo sobre la persona del trabajador, constituyendo una intromisión no idónea y desproporcionada en su esfera íntima, haciendo inexistente todo espacio de libertad y dignidad”.*¹⁶

Finalmente la Dirección dictaminó que sólo sería lícita dicha utilización siempre y cuando se hiciera cumpliendo *“los requisitos generales y específicos del medio en análisis”*.¹⁷

Es decir, el empleador no puede utilizar dispositivos de control audiovisual, si no es por razones técnicas o de seguridad de los trabajadores o usuarios. No se acepta como método de control de los trabajadores en ninguna otra circunstancia, por ser desproporcionado y no permite ningún grado de intimidad o privacidad del trabajador.

Por otro lado encontramos el derecho al respeto y protección de la vida privada del trabajador, el cual se encuentra consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución.

La vida privada podemos definirla como *“el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que el titular del bien jurídico protegido no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo”*.¹⁸

Llevado al ámbito laboral, el legislador ampara el derecho de protección a la vida privada, tanto en el inciso 1° del artículo 5° del Código del Trabajo, como en el artículo 154 bis del mismo cuerpo legal, al disponer que el empleador *“deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”*, y también en el artículo 183 del mismo cuerpo legal, al consignar que la empresa usuaria *“de-*

¹⁶ Dictamen N° 2.328/130, de 19 de julio 2002.

¹⁷ Dictamen N° 2.328/130, de 19 de julio 2002.

¹⁸ Cea Egaña, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Primera Edición, 2004, pág. 178.

berá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”.

Se ha sostenido además, por parte de la doctrina, que “el empresario no podrá llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere (la ley), intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo, por lo que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de este derecho fundamental tendrá que supeditarse a la estricta observancia del “principio de proporcionalidad” o “necesario equilibrio” entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador, y el ámbito de su libertad constitucional (...) agrega además “En particular, la instalación y empleo por el empresario de instrumentos de control de la actividad laboral en el centro de trabajo (grabación de sonido, circuito cerrado de televisión) se acomoda a las exigencias del derecho a la intimidad de los trabajadores afectados tan sólo cuando la medida resulte “justificada, idónea para la finalidad perseguida por la empresa, necesaria y equilibrada”.¹⁹

Como podemos ver, por lo expresado con anterioridad, el derecho de protección a la vida privada va ligado estrechamente con el derecho a la dignidad, pues en ambos casos se encuentra prohibida la vigilancia permanente y continua, por medios audiovisuales o de sonido, que no se sujeten estrictamente a necesidades de la empresa, de seguridad y que además sean establecidos por medios idóneos. Es decir, el empleador jamás podrá bajo pretexto alguno (fuera de los casos permitidos por la ley), vigilar al trabajador durante toda su jornada de trabajo, ya que atenta contra su dignidad y contra su vida privada.

Otra forma que podría utilizar el empleador en ejercicio de sus facultades y para vulnerar los derechos de los trabajadores es lo concerniente a la revisión de los correos electrónicos de cada trabajador. Aquí nos encontramos dentro de la órbita del derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 19 N° 5 de la Constitución, y se ha establecido que la inviolabilidad se refiere a “la cualidad que tienen los bienes protegidos en el sentido que no pueden ser observados, revisados, registrados, visitados, transmitidos, difundidos, ni traspasados para ningún efecto, sin el consentimiento previo del afectado”²⁰.

Con respecto al tema de los correos electrónicos, la Dirección del Trabajo, en su dictamen N° 260/19, ha establecido que

“De acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los

¹⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL CARLOS Y ÁLVAREZ DE LA ROSA, MANUEL, ob. cit., pág. 118.

²⁰ Cea Egaña, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Primera Edición, 2004, pág. 194 – 195.

correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores”.

Este derecho de que goza el trabajador es parte de la exigencia de la privacidad –secreto de las comunicaciones–, por lo que el empleador deberá respetar siempre dicho ámbito, pudiendo solo regular las condiciones, frecuencia y oportunidad para su uso, pero jamás su contenido.

Otro caso muy característico, sobre el cual la Dirección del Trabajo también debió pronunciarse, y que tiene que ver con la inviolabilidad de las comunicaciones, se dio en el dictamen N° 3441/072, en el cual se consultaba a la Dirección acerca de la “legalidad de la implementación en una empresa de un programa a nivel de la red del sistema de computación, denominado WIN VNC (controlador remoto). Este programa, según entendían los peticionarios, cumple con el fin de solucionar problemas de programación u otro tipo de usos a nivel de red, como las fallas en el sistema o en algún computador, pero también dentro de las funciones del programa aparece aquella según la cual los gerentes de la empresa se encuentran en condiciones de visualizar la pantalla de cada trabajador en cualquier momento de la jornada laboral, aunque, según lo que se les habría informado, lo anterior supondrían visualizar lo escrito por los trabajadores, pero no hacer modificaciones a lo realizado por éstos, habiéndose publicitado la implementación del mencionado programa mediante un letrero ubicado en la oficina del solicitante, con el siguiente contenido: “En los computadores de secretaría, contabilidad y dibujo existe un programa de monitoreo que permite ver remotamente qué (sic) es lo que se está haciendo durante la jornada laboral”.

La Dirección del trabajo dictaminó que “El reconocimiento del carácter de límites infranqueables que los derechos fundamentales poseen respecto de las facultades que la ley le reconoce al empleador, en especial respecto del derecho a la intimidad, vida privada y honra de los trabajadores, conlleva a la conclusión que el programa a nivel de la red del sistema de computación denominado WIN VNC (controlador remoto) no podrá utilizarse como un control permanente del empleador que suponga la vigilancia y fiscalización de la actividad de los trabajadores en los computadores que les fueren asignados, y en aquellos casos en que resulte lícita su utilización, por requerimientos o exigencias técnicas, objetivamente necesarios, de los procesos productivos o por razones de seguridad, deberán respetarse las directrices contenidas en el cuerpo del presente escrito”.

Como podemos apreciar, la Dirección del Trabajo dictaminó de igual forma que en el resto de las situaciones ya abarcadas. Es decir, siempre que una medida adoptada por el empleador pueda perjudicar, invadir, denigrar la dignidad, vida privada o comunicaciones del trabajador, se le estará prohibido a éste llevarla a cabo, salvo que se cumpla con los requisitos establecidos y su utilización sea necesaria e idónea para la actividad de la empresa.

Los casos mencionados anteriormente no son los únicos, pero sí los clásicos en nuestra legislación, en relación a vulneración de derechos del trabajador. Diversos dictámenes pueden encontrarse acerca de dichas materias, los cuales siempre apuntan hacia una misma dirección: proteger al trabajador de actos abusivos por parte del empleador.

Es del caso, que estas formas o medios de control no son los únicos. De hecho, no debe ser una sorpresa para nosotros, puesto que el mundo va cambiando constantemente y así también las tecnologías. Hay mecanismos de control de diversas clases alrededor del mundo, y cada legislación, sobre todo la laboral, debería estar preparada (para legislar) en caso de que alguna de ellas penetrara en nuestro país. Ese puede ser el caso del GPS.

El GPS como nuevo mecanismo de control

El GPS es una de las invenciones tecnológicas más importantes del último tiempo. De hecho, en sus inicios sólo era concebido para usos estrictamente militares (1990-1991, Guerra del Golfo), lo que fue modificándose con los años, hasta llegar a nuestros días en que el GPS es uno de los medios más utilizados por las personas en diversas áreas y ámbitos.

En términos sencillos, podemos decir que el GPS es un "sistema de localización, diseñado por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos, con fines militares, para proporcionar estimaciones precisas de posición, velocidad y tiempo"²¹.

Es del caso que este sistema puede estar establecido en diversos instrumentos o aparatos electrónicos, como por ejemplo en un teléfono, en cuyo caso ya no tendrá el nombre de GPS, sino que adoptará el nombre de GSM. Al usar este sistema (GSM), lo que se hace es geocalizar el objeto mediante las señales emitidas por la red de telefonía móvil digital y la señal emitida por el teléfono. En el caso del GPS, se hace mediante las señales emitidas por el satélite.

Ahora bien, debemos recalcar que dadas las ventajas que presenta el sistema, "no es inusual que su utilización se encuentre masificada en diversas áreas. Así, por ejemplo, en estudios de fenómenos atmosféricos, localización y navegación en regiones inhóspitas, modelos geológicos y topográficos, sistemas de alarma automática, entre otros".²²

²¹ PÉREZ DEL PRADO, D. "Instrumentos GPS y poder del empresario", en: *Revista de la contratación electrónica*, N° 107, pág. 51. España, 2009.

²² *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen 2, N° 4. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pág. 86, Santiago, 2011.

Pero eso no es todo, no solo podemos encontrarlos en diversas áreas, sino que además incorporados a diversos instrumentos, como por ejemplo en camisetas de jugadores de fútbol, por razones “estrictamente deportivas y físicas”. Esta situación ya nos lleva a pensar que si se puede incorporar este sistema en ropa deportiva, ¿cuál sería el problema de incorporarlo en ropa de vestir de uso cotidiano, o más aún ser incorporado en indumentaria de trabajo y con ello aumentar el control patronal?

El GPS, dentro del mundo laboral, no solo es un servicio de eficiencia empresarial, sino que ya se está usando como mecanismo de control de los trabajadores. Eso sí, debe tenerse en claro que el GPS como “mecanismo de control no presenta un antecedente directo. Es más, no existiría ningún medio que permitiese al empleador disponer de información al minuto de los desplazamientos que realiza un bien de su propiedad, fuera del recinto de la empresa. Tampoco existirían instrumentos que permitan conocer el movimiento de un trabajador cuando este se encuentra al exterior de la industria”²³. Con todo, se ha establecido que un posible antecedente del GPS sería la “videovigilancia” (Recordar Dictamen N° 2.328/130, de 19 de julio 2002). Se dice que puede ser un antecedente, puesto que la videovigilancia es utilizada para aquellos casos en que la actividad desempeñada por el trabajador es móvil, y la idea del GPS es esa, trabajar con objetos que se encuentran en constante movimiento.

Ahora bien, lo complicado del GPS como mecanismo de control es que a diferencia de la videovigilancia (que sólo abarca específicamente lo que enfoca), éste no tiene espacios reservados ni objetos de control, sino que el mecanismo sigue al bien objeto de la supervisión. Así, por ejemplo, si se incorporara el GMS al teléfono del trabajador, el empleador podría saber los lugares que éste visita en su tiempo de descanso, en sus pausas de trabajo, el tiempo que utiliza en el baño etc., por lo que bien se puede apreciar que sería una medida más invasiva aún de las que hemos podido apreciar en los casos anteriores. Por lo anterior, podríamos hablar ya de la existencia de una “monitorización permanente”, una “mano alargada” que permite al empleador tener el control absoluto de sus trabajadores.

A pesar de todo lo anteriormente expuesto, es legítimo para el empleador adoptar la decisión de instaurar el GPS o GMS como un mecanismo de control en su organización productiva. La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia españoles, en diversos casos han aceptado como medio de prueba por parte del empleador la utilización de la información que dicho sistema arroja; más aún, se han acogido algunas de las demandas interpuestas por parte del

²³ *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen 2, N° 4. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pág. 88, Santiago, 2011.

empleador. Tal es el caso plasmado en la Sentencia del Juzgado de lo Social, N° 32, Madrid, de 1 octubre 2003. En ella:

“se estimó procede el despido de un trabajador que ante la tardanza en los desplazamientos que efectuaba en su condición de montador y en el número de horas extraordinarias, se decidió la instalación de un sistema de control GPS en su vehículo para comprobar el tiempo dedicado a los desplazamientos así como el invertido en el descanso de los quince minutos del desayuno. No siendo considerada la medida adoptada por parte empresarial como excesiva dadas las continuas advertencias de las que había sido objeto el trabajador”.²⁴

Como se indicó anteriormente, es legítimo para el empleador adoptar la decisión de instaurar GPS o GMS, como mecanismo de control del trabajador. Es por dicha razón que la doctrina ha establecido algunas soluciones para lograr armonía entre la instalación de este medio de control y el derecho a la intimidad de que es titular el trabajador.

La primera solución que se plantea es la sustituir el código individual del GPS por uno grupal, otorgándosele a todo un grupo de trabajadores que realicen la misma función o una semejante. De esa forma se lograría cierta impersonalidad del medio de control, “evitándose la posibilidad reconstruir los movimientos y desplazamientos llevados a cabo por un trabajador en particular”.²⁵

En segundo lugar se establece la limitación de su carácter permanente por medio de la fijación de límites en cuanto a los momentos en que debe regir este mecanismo de control. Mediante la implementación de esta solución, se le estaría permitiendo al trabajador “desconectarse” del monitoreo que se le realiza y poder así tener los momentos de intimidad que le corresponden.

Estas soluciones lo que buscan es aminorar el sistema de control, y limitarlo exclusivamente a un fin en específico, el cual no puede en caso alguno invadir la intimidad y privacidad del trabajador sujeto a dicho mecanismo.

El GPS o GMS, quizás aún no sea un medio de control o de vigilancia utilizado por los empleadores en nuestro país, pero analógicamente podríamos verlo asimilado a lo que sucede en las empresas con los sistemas de videovigilancia. Este sistema está centrado a diferentes zonas de la empresa, a diversos trabajadores y de forma permanente y continua, lo que significa una invasión a la intimidad

²⁴ SANPEDRO GULLON, V. “Facultades empresariales de vigilancia y control en los centros de trabajo”.

²⁵ *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen 2, N°4. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pág. 93, Santiago, 2011.

y dignidad del trabajador, quizás en menor grado que lo que significaría un GMS en un teléfono móvil, pero invasivo al fin y al cabo.

Por todo lo señalado con anterioridad es necesario plantearse cómo podrían verse afectados los derechos fundamentales de los trabajadores si llegasen a nuestro país dichos medios de vigilancia y control. ¿Fallarían los tribunales de forma similar a como lo han hecho hasta ahora, protegiendo los derechos inespecíficos de los trabajadores o permitirían al empleador la implementación de dichos sistemas dentro de sus empresas? El tema invita a una serena meditación jurídica.